



DÉCISION DU CORDIS

N° 18-38-16

Décision du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie en date du 8 décembre 2017 sur le différend qui oppose la société Smart Grid Energy (SGE) à la société Réseau de Transport d'Electricité (RTE) relatif à l'interprétation et l'exécution d'un contrat de mise à disposition de réserves rapide et complémentaire

Le comité de règlement des différends et des sanctions,

Une demande de règlement de différend a été enregistrée le 12 octobre 2016, sous le numéro 18-38-16, présentée par la société Smart Grid Energy (ci-après « SGE ») à l'encontre de la société Réseau de Transport d'Electricité (ci-après « RTE »), gestionnaire du réseau public de transport d'électricité.

Elle est relative à l'interprétation et l'exécution d'un contrat de mise à disposition de réserves rapide et complémentaire.

*

Le comité de règlement des différends et des sanctions est saisi des faits suivants.

Depuis 2011, la société SMART GRID ENERGY est un agrégateur de capacités. A ce titre, elle gère des entités d'ajustement (ci-après « EDA »). Parmi elles figurent l'EDA SMAR1TC5 qui a été retenue par la société RTE pour faire partie des réserves rapide et complémentaire lors de l'appel d'offres pour les réserves rapide et complémentaire pour la période du 1^{er} avril 2015 au 31 mars 2016.

Depuis le mois d'octobre 2015, la société SGE a effectué plusieurs demandes d'agrément technique pour l'EDA SMAR1TC5 auprès de la société RTE pour des capacités différentes.

S'agissant de la demande d'agrément de l'EDA à hauteur de 246 MW :

Le 3 novembre 2015, la société RTE a notifié à la société SGE l'obtention d'un agrément technique pour l'EDA SMAR1TC5 à hauteur de 246 MW à compter du 1^{er} octobre 2015.

S'agissant de la demande d'agrément de l'EDA SMAR1TC5 à hauteur de 256 MW :

Le 25 novembre 2015, la société RTE a notifié à la société SGE l'obtention d'un agrément technique pour l'EDA SMAR1TC5 à hauteur de 256 MW à compter du 1^{er} novembre 2015.

S'agissant de la demande d'agrément de l'EDA SMAR1TC5 à hauteur de 261 MW :

Le 2 octobre 2015, par courriel, la société SGE a sollicité la société RTE pour qu'un nouveau site, la centrale de Vénissieux d'une puissance de 5MW, intègre son périmètre et puisse ainsi être agréée pour une puissance de 261 MW.

DÉCISION DU CORDIS

Le 18 décembre 2015, le propriétaire de la centrale de Vénissieux a informé la société SGE du débranchement de son site à compter du 1^{er} février 2016.

Le 12 janvier 2016, la société SGE a indiqué à la société RTE qu'elle entreprenait dans les jours à venir de demander le retrait de la centrale de Vénissieux de l'EDA SMAR1TC5 afin d'être agréée pour une puissance de 256 MW.

Le 13 janvier 2016, la société RTE a pris note du changement à venir du volume de l'EDA SMAR1TC5.

Le 20 janvier 2016, la société RTE a informé la société SGE de l'obtention de l'agrément pour l'EDA SMAR1TC5 à hauteur de 261 MW comprenant ainsi le site de Vénissieux, à compter du 1^{er} janvier 2016.

Le même jour, la société RTE a informé la société SGE qu'en vertu des stipulations contractuelles et dans le cas où le retrait du site de Vénissieux de l'EDA était confirmé, l'agrément de l'EDA SMAR1TC5 à hauteur de 261 MW serait retiré à la date du 1^{er} février 2016. Dès lors, elle a invité la société SGE à formuler une nouvelle demande d'agrément pour l'EDA sans la prise en compte du site de Vénissieux.

En réponse, la société SGE a indiqué son étonnement à la société RTE puisqu'elle pensait avoir clairement établi que l'EDA devait être agréée à hauteur de 256 MW, soit sans prendre en compte le site de Vénissieux. Toutefois, elle a précisé qu'elle se tenait prête à effectuer une nouvelle demande d'agrément bien que cela entraîne une perte de temps non négligeable.

S'agissant de la demande d'agrément technique de l'EDA SMAR1TC5 à hauteur de 256 MW :

Le 21 janvier 2016, la société SGE a adressé à la société RTE une demande d'agrément pour l'EDA SMAR1TC5 pour une puissance de 256MW.

Le 29 janvier 2016, la société RTE a demandé à la société SGE de bien vouloir lui adresser une demande d'agrément pour l'EDA SMAR1TC5 « *en optant pour le cas 3 = historique avec moins de 5 appels + tests d'activation complémentaires sur le périmètre complet de SMAR1TC5 (cas 3 du chapitre 5.1.3.2 de la procédure d'agrément).* »

Entre le 23 et le 29 février 2016, la société RTE et la société SGE ont eu plusieurs échanges par courriels aux termes desquels ils ont échangé sur les modalités techniques de la procédure d'agrément de l'EDA SMAR1TC5 à hauteur de 256 MW.

Le 16 mars 2016, la société RTE a indiqué à la société SGE que l'EDA « SMAR1TC5 » conservait « *pour le moment son agrément initial* » « *même si c'est un peu limite vis-à-vis du cas du site de Vénissieux* ». Elle a également précisé à la société SGE que les tests pour l'agrément de l'EDA SMAR1TC5 pour 256 MW réalisés au cours du mois de février 2016 n'étaient pas suffisamment satisfaisants pour maintenir son agrément. Par conséquent, la société RTE a informé la société SGE qu'elle était disposée à lui accorder à titre exceptionnel la possibilité de relancer la procédure d'agrément sans attendre l'expiration du délai de carence contractuel de 3 mois.

Le 30 mars 2016, la société RTE a signé un contrat avec la société SGE pour la mise à disposition de l'EDA SMAR1TC5 sur les réserves rapide et complémentaire à compter du 1^{er} avril 2016.

Le 31 mars 2016, la société SGE a reçu un courriel de la société RTE faisant état en pièces jointes de courriers datés du même jour et devant être reçus prochainement. Ces courriers indiquent notamment le retrait d'agrément de l'EDA SMAR1TC5 en raison de l'échec de la procédure d'agrément à hauteur de 256 MW à la suite de l'échec de quatre tests d'activation et précisent que la société SGE « *reste redevable des engagements initiaux pris lors de la contractualisation avec RTE. A défaut les pénalités prévues par le contrat n°CX526C9006 devront s'appliquer.* »

Le même jour, la société SGE a informé la société RTE qu'elle a baissé le prix de ses offres d'ajustement sur le mécanisme d'ajustement à 50 euros le MWh soit « *très en dessous du coût variable de production* » de l'EDA SMAR1TC5. Elle a également indiqué à la société RTE que cette mesure faisait suite à la prise d'information relative à la potentielle perte de l'agrément réserve rapide de l'EDA. Elle a ajouté que « *si cette information venait à être confirmée par RTE elle ferait porter un préjudice de plusieurs centaines de milliers d'euros à Smart Grid Energy (200k€/jour)* ».

Le 5 avril 2016, la société SGE a informé la société RTE avoir procédé à l'activation de 5 offres d'ajustement avec l'EDA SMAR1TC5 à un prix de 50 €/MWh depuis le 1^{er} avril 2016 afin de « *démontrer une nouvelle fois la capacité de cette EDA à satisfaire aux exigences de RTE* ». Elle a ainsi estimé avoir subi une perte de 250 000 euros et a indiqué que cette situation « *aurait pu être évitée par un maintien de la parole donnée par RTE ou a minima une anticipation de la mise en demeure adressée à quelques heures de l'échéance.* »

DÉCISION DU CORDIS

Le 7 avril 2016, la société SGE a reçu par lettre recommandée la lettre lui indiquant le retrait de l'agrément de l'EDA SMAR1TC5 à hauteur de 256 MW, dès lors que sur les cinq tests menés, quatre activations ont été déclarées non conformes. La société RTE a indiqué que l'EDA SMAR1TC5 ne pouvait plus être proposée au titre du contrat à compter du 1^{er} avril. La société RTE a précisé que la société SGE était redevable des engagements initiaux pris lors de la contractualisation et que des pénalités devront s'appliquer à ce titre.

Ledit retrait d'agrément a été contesté par la société SGE le même jour.

Le même jour, et en réponse à ce courrier, la société SGE a informé la société RTE que « *les délais de prévenance [...] ne permettent pas [...] d'envisager une solution de remplacement ou une requalification de l'EDA incriminée.* » A ce titre la société SGE a indiqué à la société RTE qu'elle contestait, « *a minima dans la forme* » cette notification et a sollicité de toute urgence une réunion de médiation avec les services de RTE et a demandé « *à titre conservatoire une suspension de toute mesure de pénalisation à l'encontre de SGE dans l'attente du traitement de ce dossier.* » Elle a également indiqué qu'elle maintenait depuis le 1^{er} avril 2016 l'EDA à la disposition de la société RTE conformément au contrat n°CX526C9006.

Le 12 avril 2016, la société RTE a informé la société SGE qu'en « *l'absence de contestation [du retrait de l'agrément de l'EDA SMAR1TC5], la liste modifiée des EDA agréées au titre du contrat est réputée acceptée par SGE.* » Dès lors, elle a indiqué que l'EDA SMAR1TC5 ne peut plus faire l'objet d'activation dans l'attente de l'obtention d'un nouvel agrément technique. Elle a toutefois autorisé la société SGE à titre exceptionnel et par dérogation à la règle du délai de carence de 3 mois après constatation de l'échec de la procédure d'agrément et précisée à l'article 8 de l'annexe 5 du contrat de réserves rapide et complémentaire, de déposer une nouvelle demande d'agrément sans délai pour l'EDA SMAR1TC5 « *sur la base des appels réalisés sur le mécanisme d'ajustement entre le 1^{er} le 9 avril 2016, en vue de couvrir tout ou partie des engagements dont [la société SGE] reste redevable.* » Elle a également indiqué qu'elle acceptait de réviser la liste d'engagements initiaux pour prendre en compte la nouvelle puissance que la société SGE sera en mesure de proposer au titre de son contrat et qu'elle contractualise la puissance manquante par rapport aux engagements initiaux de son contrat à la suite d'un appel d'offres pour la contractualisation de capacités supplémentaires. Enfin, elle a rappelé à la société SGE qu'elle restait redevable des pénalités prévues au titre du contrat à hauteur « *de l'ensemble de la puissance manquante au titre de l'EDA SMAR1TC5 (soit 256 MW) tant que cette dernière n'est pas régulièrement agréée à sa nouvelle valeur ; de la valeur de la puissance manquante par rapport aux engagements initiaux une fois l'EDA SMAR1TC5 agréée jusqu'à la date de prise en charge des engagements correspondants par les attributaires de l'appel d'offres pour la contractualisation des capacités supplémentaires.* » Enfin, elle a indiqué que la société SGE est redevable d'une pénalité égale à 5 % d'une prime fixe payée par RTE qui sera révisée et qui n'est pas encore versée.

S'agissant de l'agrément technique à hauteur de 251 MW :

Le 12 avril 2016, la société SGE a adressé une nouvelle demande d'agrément pour l'EDA SMAR1TC5 à hauteur de 251 MW.

Le 13 avril 2016, la société RTE a notifié à la société SGE que son agrément à hauteur de 251 MW sur l'EDA est conforme et est obtenu à la date du 14 avril 2016.

Le 14 avril 2016, la société SGE a indiqué à la société RTE que la contestation du retrait de l'agrément, formalisée par un courrier adressé le 7 avril 2016, a été réalisée dans le délai de 5 jours ouvrés après la réception de la notification, comme il est prévu dans le contrat, ce qui marque l'ouverture d'une procédure de conciliation. A ce titre, la société SGE a invité la société RTE à organiser une première réunion de conciliation. Enfin elle a rappelé que, selon elle, « *aucune limitation de l'EDA SMAR1TC5 ne saurait être arrêtée par RTE avant l'aboutissement du processus de conciliation.* »

Le 20 avril 2016, la société RTE a rappelé à la société SGE qu'elle avait accepté de rentrer en procédure de conciliation qui a été initiée le 11 avril 2016.

Entre avril et juillet 2016, plusieurs réunions ont eu lieu entre SGE et RTE.

Le 15 juin 2016, la société RTE a adressé une lettre à la société SGE lui indiquant qu'elle décomptait une défaillance de 256 MW entre le jour de la notification du retrait de l'agrément, augmenté de 5 jours ouvrés, soit le 8 avril 2016 et le jour de notification du nouvel agrément, soit le 13 avril, ce qui correspond à un montant de 920 163.84 euros.

DÉCISION DU CORDIS

Le 13 juillet 2016, la société RTE a adressé une facture à la société SGE pour le paiement de la pénalité s'élevant à hauteur de 930 422, 68 euros TTC. La facture précise que le montant devra être payé avant le 12 août 2016.

Le contrat prévoit qu'en cas de différend entre les parties, il appartient au CoRDIS de se prononcer sur l'exécution ou l'interprétation du contrat.

Par conséquent, la société SGE a saisi le comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie d'une demande de règlement de différend tendant à constater la mauvaise exécution du Contrat par RTE et à se prononcer sur le préjudice qui en est résulté pour la société SGE.

*

Vu la saisine, enregistrée le 12 octobre 2016, présentée par la société Smart Grid Energy (SGE), société par actions simplifiées à associé unique, au capital de 100 000 euros, enregistrée sous le numéro 537 667 487 au registre du commerce et des sociétés de Dax, dont le siège social est 7 rue de la Palinette à Capbreton (40130), représentée par M. Maxime Dauby, dirigeant dûment habilité, ayant pour avocat Maître Jérôme LEPEE, cabinet SELAS ADAMAS, 55 boulevard des Brotteaux, 69006 Lyon.

A titre principal, la société SGE fait valoir que la société RTE a procédé à un calcul erroné du nombre de jours de défaillance de la société SGE, susceptibles de faire l'objet de pénalités, dès lors qu'elle se trompe sur la date de la notification du retrait d'agrément.

A ce titre, la société SGE indique que l'article 5.1.2.4 du contrat, intitulé « Retrait de l'agrément technique d'une EDA par RTE » doit être compris de telle manière à ce que le retrait de l'agrément est bien effectif au jour de sa notification. Toutefois, un délai de cinq jours est ouvert au titulaire pour contester ce retrait. Ainsi, elle en conclut que dans ce délai, l'EDA retirée peut encore être proposée au titre du Contrat et, par conséquent, ne peut faire l'objet de pénalités.

La société SGE soutient, d'une part, que la société RTE n'a pas respecté les conditions de notification telles qu'énoncées à l'article 11.9 du contrat et, d'autre part, qu'elle ne s'est pas adressée à l'interlocuteur qui est précisément désigné à l'annexe 3 dudit contrat. Dès lors, elle en conclut que le courriel adressé par la société RTE le 31 mars 2016 ne peut être considéré comme une notification valable au titre du contrat. Elle ajoute que la circonstance que soit joint au courriel un projet de lettre destiné à être envoyé en recommandé avec demande d'avis de réception est sans influence puisqu'il manque l'accusé de réception. Enfin, et en tout état de cause, elle indique que si le courriel du 31 mars 2016 devait être regardé comme valant notification dans le cadre du contrat, cette notification n'aurait ni existence ni valeur juridique puisque la décision de retrait d'agrément et sa notification constituent des mesures d'exécution prises sur le fondement du Contrat qui n'est entré en vigueur qu'à partir du 1^{er} avril 2016. Par conséquent, elle soutient qu'aucune pénalité au titre du retrait de l'agrément de l'EDA SMAR1TC5 ne peut être infligée à la société SGE avant le 15 avril 2016.

S'agissant de la date de notification de l'obtention d'agrément, la société SGE soutient que les parties se sont implicitement mais nécessairement accordées pour retenir la date du 14 avril 2016, date qui a été ainsi retenue aux termes de plusieurs échanges par courriels entre les parties et qui figure également à l'annexe 1 du contrat actualisé. Dès lors, elle indique que la société RTE ne peut faire valoir que la date d'obtention de l'agrément correspond au 22 avril 2016, date à laquelle la société SGE a reçu par lettre recommandée le nouvel agrément. Elle ajoute que l'article 5.2.1.2 du Contrat stipule que la société RTE doit notifier l'obtention de l'agrément à la société SGE « *dans les meilleurs délais* ». Ainsi, la société SGE précise que si la date de notification retenue devrait être le 22 avril 2016, la société RTE aurait de fait méconnu les stipulations de l'article précité en s'abstenant de notifier l'agrément « *dans les meilleurs délais* » dès lors qu'elle avait connaissance de l'obtention du nouvel agrément dès le 13 avril 2016. Dans ces conditions, la société SGE en déduit que la société RTE devrait l'indemniser du préjudice résultant qui correspondrait aux pénalités que lui imputerait la société RTE.

Par conséquent, la société SGE soutient qu'aucune pénalité au titre de l'absence d'agrément de l'EDA SMART1TC5 ne peut lui être infligée avant le 15 avril 2016 et après le 13 avril 2016.

A titre subsidiaire, et à supposer qu'elle soit redevable de pénalités, la société SGE fait valoir que le déséquilibre du contrat d'une part, et le caractère manifestement excessif de la clause pénale d'autre part, devraient conduire à ce que les pénalités soient annulées ou considérablement réduites.

S'agissant du déséquilibre du contrat, et à la lecture combinée des dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce et des articles 1131 et 1133 du code civil, la société SGE fait valoir qu'un cocontractant lésé peut demander la nullité des clauses d'un contrat créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Dans le cas d'espèce, la société SGE soutient que le Contrat conclu avec la société RTE est un contrat d'adhésion où elle se trouve dans une « *position de soumission vis-à-vis de RTE* ». Elle ajoute que la clause pénale, énoncée à l'article 9.2 dudit Contrat, crée un déséquilibre manifeste entre les parties et s'insère dans un mécanisme plus global déséquilibré au profit de la société RTE relatif au procédure de retrait et d'obtention

d'agrément. La société SGE précise qu'à la suite d'un retrait d'agrément, l'acteur d'ajustement dispose de deux solutions pour faire cesser les pénalités. Ainsi, il peut solliciter une résiliation d'une partie de ses engagements en application des stipulations de l'article 11.4 du contrat-type. Dès lors, l'acteur d'ajustement supporte une pénalité supplémentaire pour résiliation en plus de voir sa rémunération réduite. Or, les pénalités continuent de courir entre la demande de résiliation et la date de prise d'effet ce qui aurait pu conduire au paiement d'une pénalité de 6.5 millions d'euros au cas d'espèce. A défaut, l'acteur d'ajustement doit chercher à faire agréer une ou plusieurs EDA pour une capacité équivalente à celle dont l'agrément a été retiré. Dans ce cas, la procédure d'agrément dure 30 jours en sus d'un délai de 5 jours ouvrés pour déposer la demande d'enclenchement de la procédure ce qui conduirait au cas d'espèce au paiement d'une pénalité de 5.5 millions d'euros pour le seul délai de la procédure d'agrément.

Enfin, pour apprécier le caractère manifestement excessif des pénalités infligées par la société RTE, la société SGE indique qu'il convient de comparer le montant de la pénalité prévue et le préjudice subi. S'agissant de la pénalité, la société SGE rappelle que la société RTE a mis à sa charge la somme de 920 163,84 euros au titre des six jours pendant lesquels RTE considère que l'EDA SMAR1TC5 ne disposait plus de l'agrément nécessaire pour être proposée sur les réserves rapide et complémentaire.

S'agissant du préjudice, la société SGE n'en identifie aucun puisqu'elle estime que la société RTE n'a supporté aucun surcoût pour remplacer l'EDA SMAR1TC5 sur les réserves rapide et complémentaire comme elle en a la possibilité aux termes d'un appel d'offres complémentaire lorsqu'une EDA agréée au titre des réserves rapide et complémentaire est défaillante. La société SGE fait valoir que la société RTE n'a lancé aucune consultation spécifique à la suite de la défaillance de l'EDA SMAR1TC5 alors même que cette dernière représenterait une capacité de 256 MW sur les 1500 MW exigés pour constituer les réserves. Elle ajoute que la société RTE avait constaté la défaillance dès le 31 mars 2016 et que le nouvel agrément n'a été délivré que le 14 avril 2016 ce qui lui laissait le temps d'organiser un appel d'offres complémentaire pour sélectionner des capacités.

Ainsi, et conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, la société SGE estime que les pénalités infligées par RTE sont manifestement excessives et demande en conséquence d'en être exonérée en les réduisant au montant du préjudice subi par RTE, soit zéro euro.

En tout état de cause, la société SGE estime que la société RTE a exécuté de mauvaise foi le contrat à plusieurs reprises. D'une part, la société SGE soutient que la société RTE a délivré un agrément rétroactif au 1^{er} janvier 2016 alors même qu'elle avait connaissance du retrait de la demande d'agrément de la société SGE à 261 MW. D'autre part, lors du retrait de l'agrément de l'EDA litigieuse le 31 mars 2016, la société SGE fait valoir que la société RTE aurait pu l'informer du retrait de l'agrément de l'EDA litigieuse dès lors que le lendemain elles ont conclu le contrat. Ainsi, la société SGE reproche à la société RTE d'avoir délibérément signé le contrat alors même qu'elle savait qu'elle allait retirer l'agrément.

Enfin, la société SGE fait valoir qu'un tel comportement aurait entraîné un préjudice à son égard. En effet, elle estime avoir été forcée de proposer un prix du MWh particulièrement bas, soit à 50 euros, par rapport au prix auquel elle pouvait prétendre dans le cadre d'une procédure générale d'agrément ce qui a entraîné un manque à gagner sur la période du 1^{er} au 9 avril 2016 de 217 600, 02 € HT.

Par conséquent, la société SGE demande au comité de règlement des différends et des sanctions :

- « A titre principal,
 - constater que les pénalités infligées par RTE à hauteur de 920 163,84 € sont indues ;
 - ordonner leur remboursement par RTE ;
- A titre subsidiaire :
 - constater que la clause 9.2 du Contrat doit être réputée non-écrite ;
 - constater que les pénalités infligées par RTE sont manifestement excessives ;
 - réduire le montant des pénalités infligées par RTE à leur strict minimum ;
 - ordonner le remboursement par RTE du trop-payé par SGE ;
- en tout état de cause, constater que la société SGE n'aurait pas dû supporter un manque à gagner de 217 600,02 € HT si RTE avait agi de bonne foi et sans fautes contractuelles. »

*

Vu les observations en défense, enregistrées le 1^{er} décembre 2016, présentées par la société Réseau de Transport d'Electricité (RTE), société anonyme, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Nanterre sous le numéro 444 619 258, dont le siège social est situé Tour Initial, 1 terrasse Bellini, 92219 La Défense Cedex,

représentée par son Président du directoire Monsieur François Brottes, et ayant pour avocat Maîtres Joseph VOGEL et Xavier HENRY, SELAS VOGEL & VOGEL, 30, avenue d'Iéna, 75116 Paris.

La société RTE fait d'abord valoir qu'en application des dispositions de l'article L. 134-19 du code de l'énergie le comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie n'est pas compétent pour remettre en cause un contrat ou statuer sur la responsabilité des parties contractuelles.

Elle précise que l'examen d'un contrat au regard des dispositions des articles L. 442-6 I 2° et D. 442-3 du code de commerce relève de la compétence exclusive de huit tribunaux spécialisés dont le comité ne fait pas partie. Elle ajoute qu'en application des dispositions de l'article 1152 du code civil, qui confère au « *juge* » la faculté de « *modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire* », le comité ne peut pas statuer sur le principe même de la responsabilité car cela conduirait à préjuger de la décision de la juridiction compétente.

La société RTE estime n'avoir commis aucune faute dans l'application des pénalités. D'abord, elle fait valoir que le Contrat est nécessairement conclu avant la période au cours de laquelle les EDA peuvent être activées conformément à l'appel d'offres, la date d'entrée en vigueur correspondant au début de leur mise à disposition.

Ensuite, la société RTE soutient que les conditions de notification précisées à l'article 11.9 du Contrat ne sont que des conditions de forme visant à assurer la preuve de la notification et qu'elles ne sont pas susceptibles d'entraîner la nullité du contrat. Dès lors, elle indique « *qu'il importe peu que la notification ait eu lieu dans les formes prévues par le Contrat dès lors que la preuve de sa réception est démontrée* », ce qui est le cas en l'espèce. A ce titre, la société RTE rappelle qu'en application de la jurisprudence judiciaire, la lettre recommandée n'est qu'un moyen de preuve et non une formalité substantielle. Dès lors, elle fait valoir que le courriel du 31 mars 2016 constitue une notification valable de retrait de l'agrément ouvrant le délai de cinq jours ouvrés tel que prévu à l'article 5.2.1.4 du contrat puisqu'il a été bien reçu le 31 mars 2016 par la société SGE.

S'agissant du caractère déséquilibré du contrat, la société RTE indique que la société SGE ne peut pas demander l'annulation de la clause pénale sur le fondement de l'article L. 442-6 2° du Code de commerce puisqu'il ne prévoit pas la nullité d'une clause déséquilibrée. En outre, elle soutient que l'article 1171 du code civil, tel que créé par la réforme du droit des contrats, ne peut être invoqué par la société SGE dès lors qu'il ne s'applique qu'aux contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2016. La société RTE ajoute que le caractère déséquilibré d'un contrat s'examine au regard de l'ensemble des droits et obligations des parties et qu'une clause pénale ne peut être en elle-même considérée comme constituant une obligation déséquilibrée. Dans le cas d'espèce, la société RTE rappelle que le Contrat de mise à disposition de réserves rapide et complémentaire n'est pas un contrat d'adhésion en ce qu'il n'est pas imposé par la société RTE et qu'il a, par ailleurs, fait l'objet de concertation avec l'ensemble des acteurs, dont la société SGE. Elle ajoute que sa mission de service public d'équilibrage du réseau en temps réel, nécessaire pour le bon fonctionnement du système électrique, justifie qu'elle impose « *des prescriptions, des incitations et des vérifications de la qualité du « produit » mis à disposition tant pour la sécurité du réseau que pour la gestion rigoureuse d'une forme d'argent public.* » En outre, elle soutient que les pénalités ont une utilité et sont même nécessaires pour éviter les risques de défaillance du réseau électrique dès lors qu'elles renvoient une incitation aux titulaires à assurer la mise à disposition de capacités agréées conformément aux engagements pris. Enfin, elle fait valoir qu'« *il n'est nullement démontré qu'il serait nécessaire de prévoir une clause pénale dans l'hypothèse où RTE commettrait une inexécution.* » En conséquence, la société RTE indique que la société SGE ne peut demander la nullité de l'article 9.2.

S'agissant de la demande de la société SGE de réduire les pénalités, la société RTE fait valoir que les dispositions de l'article 1152 du code civil ne sont pas applicables au cas d'espèce dès lors que le montant qu'il est demandé au juge de réduire doit correspondre à des dommages et intérêts en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations. Or, elle soutient que les pénalités telles que prévues à l'article 9.2 du contrat sont prévues afin d'assurer l'exécution du Contrat par son cocontractant dans le cadre de sa mission de service public. La société RTE ajoute que lorsqu'une défaillance de son cocontractant survient, le préjudice est non pas supporté par elle mais par la collectivité. A ce titre, elle rappelle que les pénalités sont versées sur un compte ajustement-écarts dont la société RTE n'est que l'administrateur et, plus précisément, « *le gardien impartial et rigoureux pour la collectivité des responsables d'équilibre.* » Elle en conclut que la réduction des pénalités, telles que prévues à l'article 9.2 du Contrat, aurait pour conséquence de priver la société RTE de leur objectif qui est d'inciter à ne pas vendre sur le marché plutôt que de mettre à disposition les capacités contractualisées sur le mécanisme d'ajustement.

De surcroît, elle indique que les pénalités ne revêtent aucun caractère manifestement excessif dès lors qu'elles sont calculées « *par rapport à un prix de marché auquel est ajouté un coefficient dans le but d'inciter les cocontractants à ne pas vendre l'énergie réservée à un prix plus attractif.* »

Enfin, et sous réserve de la compétence du comité de règlement des différends et des sanctions pour statuer sur la responsabilité de la société RTE dans l'exécution du Contrat, elle fait valoir qu'elle n'a commis aucune faute contractuelle dès lors qu'elle a délivré l'agrément du 20 janvier 2016 en application de la procédure contractuelle.

DÉCISION DU CORDIS

Par conséquent la société RTE demande au comité de :

- « se déclarer incompétent pour statuer sur les demandes de la société SGE relatives au déséquilibre du Contrat, au caractère excessif des pénalités et à l'exécution fautive du Contrat ;
- rejeter la demande de la société SGE tendant à ce qu'il soit décidé que RTE aurait fait une application erronée des pénalités ;
- dans l'hypothèse où le CoRDIS s'estimerait compétent, rejeter également les demandes de la société SGE relatives au déséquilibre du Contrat, au caractère excessif des pénalités et à l'exécution fautive du Contrat. »

*

Vu le courrier, enregistré le 20 novembre 2017, présenté par la société SGE.

La société SGE a produit une nouvelle pièce intitulée « Détail fourni par La Poste du suivi de la lettre de RTE à SGE du 31 mars 2016 reçue le 7 avril 2016. »

*

Vu les observations récapitulatives, enregistrées le 21 novembre 2017, présentées par la société SGE.

La société SGE intègre la pièce, enregistrée le 20 novembre 2017, dans ses observations récapitulatives.

*

* *

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de l'énergie, notamment ses articles L. 134-19 et L. 134-24, ses articles R. 134-7 à R. 134-28 et suivants ;

Vu la décision du 11 mars 2015 relative au règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie ;

Vu la décision du 12 octobre 2016 du Président du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie relative à la désignation d'un rapporteur et d'un rapporteur adjoint pour l'instruction de la demande de règlement de différend enregistrée sous le numéro 18-38-16 ;

Vu la décision du 3 novembre 2017 du Président du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie fixant la date de clôture de l'instruction relative au différend qui oppose la société Smart Grid Energy à la société RTE.

*

Les parties ayant été régulièrement convoquées à la séance publique, qui s'est tenue le 8 décembre 2017, du comité de règlement des différends et des sanctions, composé de Monsieur Bruno LASSERRE, Président, Madame Marie-Laure DENIS, Monsieur Claude GRELLIER et Monsieur Lionel GUERIN membres, en présence de :

Madame Alexandra BONHOMME, directrice juridique et représentant le directeur général empêché,

Madame Louise RULLAUD, rapporteur, Madame Clémence BRUTTIN, rapporteur adjoint,

Les représentants de la société SGE, assistés de Maître Jérôme LEPEE,

Les représentants de la société RTE, assistés de Maître Joseph VOGEL et Maître Xavier HENRY,
Après avoir entendu :

- le rapport de Madame Louise RULLAUD, présentant les moyens et les conclusions des parties ;

DÉCISION DU CORDIS

- les observations de Maître Jérôme LEPEE et Monsieur Maxime DAUBY pour la société SGE ; la société SGE persiste dans ses moyens et conclusions ;
- les observations de Maître Joseph VOGEL et Monsieur Nicolas HAUSSER pour la société RTE ; la société RTE persiste dans ses moyens et conclusions ;

Le comité de règlement des différends et des sanctions en ayant délibéré après que les parties, le rapporteur, le rapporteur-adjoint, le public et les agents des services se sont retirés.

*

Sur la compétence du comité pour trancher le différend qui oppose la société SGE à la société RTE

La société RTE fait valoir qu'en application des dispositions de l'article L. 134-19 du code de l'énergie le comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie n'est pas compétent pour remettre en cause un contrat ou statuer sur la responsabilité des parties contractuelles.

Elle précise que l'examen d'un contrat au regard des dispositions des articles L. 442-6 I 2° et D. 442-3 du code de commerce relève de la compétence exclusive de huit tribunaux spécialisés dont le comité ne fait pas partie. Elle ajoute qu'en application des dispositions de l'article 1152 du code civil, qui confère au « juge » la faculté de « modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire », le comité ne peut pas statuer sur la responsabilité des parties contractuelles. La société RTE a également fait valoir que le comité n'est pas compétent pour se prononcer sur le principe même de la responsabilité car cela conduirait à préjuger de la décision de la juridiction compétente.

L'article L. 134-19 du code de l'énergie dispose :

« Le comité de règlement des différends et des sanctions peut être saisi en cas de différend :

1° Entre les gestionnaires et les utilisateurs des réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité ou de réseaux fermés de distribution d'électricité ; [...]

Ces différends portent sur l'accès auxdits réseaux, ouvrages et installations ou à leur utilisation, notamment en cas de refus d'accès ou de désaccord sur la conclusion, l'interprétation ou l'exécution des contrats mentionnés aux articles L. 111-91 à L. 111-94, L. 111-97, L. 321-11 et L.321-12, ou des contrats relatifs aux opérations de transport et de stockage géologique de dioxyde de carbone mentionnés à l'article L. 229-49 du code de l'environnement [...] »

L'article L. 134-20 du code de l'énergie précise que « [...] La décision du comité, qui peut être assortie d'astreintes, est motivée et précise les conditions d'ordre technique et financier de règlement du différend dans lesquelles l'accès aux réseaux, ouvrages et installations mentionnés à l'article L. 134-19 ou leur utilisation sont, le cas échéant, assurés.

Lorsque cela est nécessaire pour le règlement du différend, le comité peut fixer, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités de l'accès auxdits réseaux, ouvrages et installations ou les conditions de leur utilisation. [...] »

Il ressort des termes mêmes de la loi qu'un différend n'entre dans la compétence du comité de règlement des différends et des sanctions, laquelle est une compétence d'attribution, qu'à une double condition tenant, l'une à la qualité des personnes qu'un différend oppose, et l'autre à l'objet du différend. Dès lors, il ne suffit pas qu'un différend oppose un gestionnaire de réseau à un utilisateur pour que le comité soit compétent pour le trancher.

Encore faut-il que l'objet du différend corresponde à l'une des catégories limitativement énoncées par la loi.

L'article L. 321-11 du code de l'énergie dispose : « Le gestionnaire du réseau public de transport veille à la disponibilité et à la mise en œuvre des réserves nécessaires au fonctionnement du réseau. Il veille à la compensation des pertes liées à l'acheminement et à l'électricité.

A cette fin, il négocie librement avec les producteurs et les fournisseurs de son choix les contrats nécessaires à l'exécution des missions énoncées à l'alinéa précédent, selon des procédures concurrentielles, non discriminatoires et transparentes, telles que notamment des consultations publiques ou le recours à des marchés organisés. [...] »

L'article L. 321-12 du code de l'énergie précise : « Le gestionnaire du réseau public de transport peut conclure des contrats de réservation de puissance avec les consommateurs raccordés au réseau public de transport ou aux réseaux publics de distribution, lorsque leurs capacités d'effacement de consommation sont de nature à renforcer la sûreté du système électrique, notamment dans les périodes de surconsommation. Les coûts associés sont répartis entre les responsables d'équilibre dans le cadre du règlement des écarts. Lorsqu'il décide de solliciter la mise en application d'un contrat de réservation de puissance conclu en vertu du présent article, le gestionnaire du réseau public de transport informe les gestionnaires des réseaux publics de distribution concernés. »

Le présent litige porte sur l'interprétation et l'exécution du contrat de mise à disposition de réserves rapide et complémentaire conclu entre la société SGE et la société RTE tel que prévu à l'article L. 321-12 du code de l'énergie. En application des dispositions de l'article L. 134-19 du code de l'énergie, le litige est, par conséquent, relatif à l'accès ou l'utilisation du réseau public de transport d'électricité.

Dès lors, La société SGE, en tant que cocontractant du contrat de mise à disposition de réserves rapide et complémentaire, a la qualité d'utilisateur du réseau public de transport d'électricité dont la société RTE est le gestionnaire.

Dans ces conditions, le comité est compétent pour connaître du présent différend.

Sur la demande tendant à ce que le comité de règlement des différends et des sanctions constate que les pénalités infligées à hauteur de 920 163, 84 euros sont indues

La société SGE fait valoir qu'elle n'est pas redevable de la pénalité à hauteur de 920 163,84 euros dès lors que la société RTE a procédé à un calcul erroné du nombre de jours où elle aurait été défaillante.

Il ressort des pièces du dossier que la société SGE et la société RTE ont conclu un contrat de mise à disposition de réserves rapide et complémentaire le 30 mars 2016 et dont l'entrée en vigueur a été fixée par les parties au 1^{er} avril 2016.

L'article 9.2.2.1 dudit contrat, intitulé « Pénalités applicables aux Défaillances déclarées préalablement à l'Heure Limite d'Accès au Réseau » stipule :

« Pour chaque Défaillance déclarée par le Titulaire préalablement à l'Heure Limite d'Accès au Réseau telle que précisée à l'article 9.1.1.1, la pénalité appliquée par RTE correspond à la pénalité de base appliquée à la puissance déclarée Défaillante et à chaque Pas Demi-Horaire où la Défaillance a été déclarée.

Pour ces déclarations et lorsque le Titulaire justifie que la Défaillance déclarée préalablement à l'Heure Limite d'Accès au Réseau est de nature technique, le coefficient C de la pénalité de base est égal à 1 pour tous les Pas Demi-Horaires concernés par la Défaillance.

Lorsqu'une Défaillance est déclarée préalablement à l'Heure Limite d'Accès au Réseau, aucune pénalité supplémentaire n'est appliquée à la puissance déclarée défaillance. »

En outre, son article 9.1.1.1, intitulé « Défaillance déclarée préalablement à l'Heure Limite d'Accès au Réseau » précise :

« La situation suivante est considérée comme une Défaillance Déclarée préalablement à l'Heure Limite d'Accès au Réseau : le Titulaire Notifie à RTE avant 16h30 en J-1, une Défaillance pour la journée J, en précisant les Types des Engagements que le Titulaire n'est pas en mesure d'honorer, et pour chacun des Types d'Engagements concernés, la puissance et les Pas Demi-Horaires concernés.

Pour une Défaillance Déclarée préalablement à l'Heure limite d'Accès au Réseau, la puissance retenue comme puissance défaillante est la somme des puissances déclarées par le Titulaire pour les Engagements qu'il n'est pas en mesure de respecter. »

La société RTE a infligé une pénalité à la société SGE, en application des stipulations de l'article 9.2.2.1 en raison d'une défaillance déclarée préalablement à l'heure limite d'accès au réseau.

Elle considère en effet que la société SGE est redevable d'une pénalité de 920 163, 84 euros en raison d'une défaillance déclarée entre le 8 avril 2016 et le 13 avril 2016 qui correspond à une période au cours de laquelle la société SGE n'était plus bénéficiaire d'un agrément technique pour l'EDA SMAR1TC5.

S'agissant de la date du retrait de l'agrément technique initial à hauteur de 256 MW de l'EDA SMAR1TC5

DÉCISION DU CORDIS

L'article 5.2.1.4 intitulé « Retrait de l'Agrément technique d'une EDA par RTE » du contrat de mise à disposition de réserves rapide et complémentaire prévoit que :

« Lorsque, pour une EDA, une ou plusieurs des conditions suivantes est (sont) remplie(s), l'Agrément technique de cette EDA est retiré :

- [...]
- Un Site composant l'EDA est retiré ;
- [...] »

Afin de procéder au retrait de l'agrément, RTE notifie au Titulaire les raisons justifiant le retrait et procède au retrait de l'EDA, en modifiant la liste des EDA Agréées précisées à l'Annexe 1, dans les conditions de l'article 11.1. Ce retrait est effectif au jour de la Notification, sans qu'aucune autre formalité ne soit nécessaire.

Dans les 5 jours ouvrés suivant la réception de la Notification, le Titulaire peut contester le retrait de l'Agrément de l'EDA, et déclencher la procédure de conciliation prévue à l'article 11.11 du présent Contrat. »

Il ressort des pièces du dossier que la centrale de Vénissieux a été formellement retirée du périmètre de l'EDA SMAR1TC5 à la date du 31 mars 2016. Or, aux termes du contrat de mise à disposition de réserves rapide et complémentaire, entré en vigueur le 1^{er} avril 2016 soit postérieurement au retrait du site, la société SGE s'était engagée à mettre à disposition de la société RTE une capacité de 256 MW comprenant notamment le site de Vénissieux. Il résulte de l'application de l'article 5. 2.1.4 précité que l'agrément de l'EDA SMART1TC5 a été retiré dès lors qu'un des sites la composant a été retiré de la liste agréée.

L'article 11.9 du contrat, intitulé « Notifications » prévoit notamment les modalités de notification des retraits et des obtentions d'agrément technique :

« Une Notification au titre du Contrat est un écrit qui est transmis par une Partie à l'autre Partie :

- [...]
- Soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ;
- [...]
- Soit par courriel avec demande d'avis de réception.

La date de Notification est réputée être :

- [...]
- Soit la date de l'avis de réception pour une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ;
- [...]
- Soit le Jour et l'Heure de l'accusé de réception émis par le système informatique de la Partie réceptrice pour un courriel.

Les coordonnées des interlocuteurs auxquels doivent être adressées ces Notifications sont précisées dans l'annexe 3.

Pour la bonne exécution du Contrat, les Parties s'engagent à s'informer réciproquement de tout changement dans la liste des interlocuteurs. »

Il ressort des pièces du dossier que le retrait de l'agrément technique de l'EDA SMART1TC5 a été notifié, selon une des formes prévues par les stipulations précitées, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, adressée par la société RTE le 31 mars 2016 et reçue le 7 avril 2016 par la société SGE.

Il ressort également des pièces du dossier que la société RTE a informé la société SGE du retrait de l'agrément par courriel le 31 mars 2016. Toutefois, ni la société RTE ni la société SGE ne contestent que ce courriel n'était pas assorti d'une demande d'avis de réception telle que formellement prévue par l'article 11. 9 précité.

Dès lors, il résulte des stipulations de l'article 11. 9 du contrat que la date de notification du retrait de l'agrément, au sens de l'article 5.2.1.4, est réputée être celle de la date de l'avis de réception de la lettre recommandée, envoyée avec demande d'avis de réception, soit le 7 avril 2016.

En outre, il résulte de l'article 5.2.1.4 que les parties ont 5 jours ouvrés à compter de la date de notification du retrait de l'agrément, telle que prévue par l'article 11.9 du contrat, pour contester le retrait de l'agrément technique.

DÉCISION DU CORDIS

Il ressort des pièces du dossier que la société SGE a contesté le retrait de l'agrément aux termes d'un courrier adressé à la société RTE, le 7 avril 2017 et réceptionné le 12 avril 2017, soit dans le délai de 5 jours ouvrés à compter de la notification du retrait de l'agrément.

Par conséquent, la date du retrait effectif de l'agrément technique de l'EDA SMAR1TC5 à hauteur de 256 MW à prendre en compte pour le calcul des pénalités au titre de l'article 9.2 est celle du 7 avril 2016, augmentés de 5 jours ouvrés, soit le 14 avril 2016.

S'agissant de la date de l'obtention du nouvel agrément technique de l'EDA SMAR1TC5 à hauteur de 251 MW

L'article 5.2.1.2 du contrat de mise à disposition de réserves rapide et complémentaire, intitulé « *Obtention de l'Agrément technique d'une EDA* », prévoit :

« Suite à une nouvelle demande d'Agrément réalisée conformément à l'Annexe 5 et en cas de réussite de la Procédure d'agrément de l'EDA, RTE met à jour l'Annexe 1, dans les conditions de l'article 11.1 du présent Contrat. RTE Notifie cette mise à jour au Titulaire dans les meilleurs délais. L'EDA peut être mise à disposition au titre du présent Contrat à compter de la réception de la Notification par le Titulaire en respectant les délais et conditions de l'article 7. »

Il résulte de l'annexe 1 du contrat de mise à disposition de réserves rapide et complémentaire, signé le 13 avril 2016, que le nouvel agrément technique à hauteur de 251 MW a été obtenu le 14 avril 2016

Compte tenu de ce qui précède, le comité constate que, pour la période d'exécution du contrat de mise à disposition de réserves rapide et complémentaire entre le 8 avril 2016 et le 14 avril 2016, il n'y avait pas lieu d'appliquer les pénalités telles que prévues à l'article 9.2 dudit contrat.

Sur la demande tendant à ce que le comité de règlement des différends et des sanctions ordonne le remboursement des pénalités infligées à hauteur de 920 163, 84 euros par la société RTE

Il n'y a pas lieu pour le comité de règlement des différends et des sanctions de se prononcer sur la demande de remboursement par la société RTE du trop –payé par la société SGE, qui relève du juge du contrat.

Il n'appartient pas au comité de statuer sur les autres demandes, présentées d'ailleurs à titre subsidiaire, qui relèvent elles aussi du juge du contrat.

*

* *

DÉCIDE :

- Article 1^{er}.** - Le comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie constate que, pour la période d'exécution du contrat de mise à disposition de réserves rapide et complémentaire entre le 8 avril 2016 et le 14 avril 2016, il n'y avait pas lieu d'appliquer les pénalités telles que prévues à l'article 9.2 dudit contrat.
- Article 2.** - Il n'appartient pas au comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie de statuer sur les autres demandes.
- Article 2.** - La présente décision sera notifiée à la société Smart Grid Energy et à la société Réseau de Transport d'Electricité. Elle sera publiée au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 8 décembre 2017,

Pour le Comité de règlement des différends et des sanctions,

Le Président,

Bruno LASSERRE